

LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS: LOS NUEVOS RETOS MÁS ALLÁ DE LA SUPRESIÓN DE LOS CONTROLES FRONTERIZOS¹

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

Catedrático (A) de Derecho Administrativo
UNED

SUMARIO

- I. Introducción: La más que moderada regulación de la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión en la normativa de la Unión Europea
- II. Los avances de la libertad de circulación y residencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: LA MÁS QUE MODERADA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho interno de los Estados miembros de la Unión está transformándose continuamente como consecuencia de la transposición al mismo del Derecho de la Unión y, en no menor medida, de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Pues bien, uno de los sectores del Derecho de la Unión en que se pueden observar los cambios que tienen lugar en la Unión como consecuencia de la jurisprudencia del

¹ La primera versión de este trabajo fue expuesta en el seminario «ECJ Leading Cases on Fundamental Freedoms and Rights», organizado por los Profesores PEDRO MANUEL HERRERA MOLINA y MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, el 17 de octubre de 2012. La presentación del seminario corrió a cargo del Profesor José Manuel Tejerizo López. Quiero aprovechar la ocasión para agradecer la invitación a participar en tan prestigioso seminario, así como para celebrar este tipo de iniciativas que redundan en beneficio de la calidad de la investigación y el intercambio de conocimientos entre los profesores universitarios.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el de la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea². Aunque, paradójicamente, los cambios a los que vamos a prestar atención conviven con la concepción policial de la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, propiciada por el Derecho derivado de la Unión. Sirvan de ejemplo los casos: *McCarthy* y la circunstancia de «no haber el derecho a la libre circulación»³; *Dereci*⁴ y *O. y S.*⁵ relativo al concepto de reagrupación familiar; *Rahman*⁶ relativo al concepto de reagrupación familiar y al concepto de «miembros de la familia a cargo»; *Idia* y la negación del derecho a la libre circulación de ciudadanos de estados terceros familiares de ciudadanos europeos; *Tsakouridis*⁷, *Gaydarov*⁸ y *Aladzhov*⁹ sobre el concepto de «razones imperiosas de seguridad pública».

La ciudadanía europea, y los derechos asociados a la misma, nacieron formalmente, como es sabido, con el Tratado de Maastricht de 1992. Si embargo, algunos años antes, se habían producido algunos avances significativos en esta materia, por una parte, a través del Tratado de Schengen de 1985 (tratado al margen del Derecho originario, que fue comunitarizado posteriormente y que vincula limitadamente al Reino Unido y a la República de Irlanda), a través de actos atípicos, como son las disposiciones relativas a la armonización de los pasaportes, impulsada por resoluciones del Consejo, así como por tres directivas de 1990 y 1993 conocidas como directivas de los jubilados, los rentistas y los estudiantes¹⁰, resultado del principio funcionalista, ya que la base jurídica de los Tratados era más que discutible.

En contraste con la tardía y limitada normativa sobre la libertad de circulación de los ciudadanos, la normativa reguladora de la libertad de circulación y residencia de los trabajadores de los Estados miembros de la Unión se remonta a 1968¹¹. Sin duda

2 Sobre la libertad de circulación de personas la bibliografía es muy extensa, pudiendo reseñarse entre otros muchos los siguientes trabajos: AA.VV., *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*

(J.H. Martínez de Velasco), Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Estudios de Derecho Judicial, núm. 32, Madrid, 2008; JIMENEZ DE PARGA, P., *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1994; PÉREZ DE LAS HERAS, B., *Mercado interior europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, 2ª edc. Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, en particular págs. 152 a 204; WEISS, F. Y WOOLDRIDGE, F., *Free movement of persons within the European Community*, Kluwer Law International, La Haya, 2007..

3 Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2011, asunto C-434/09, caso McCarthy

4 Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/11, caso Dereci y otros, que versa, además, sobre el concepto de «no haber ejercido jamás el derecho a la libre circulación».

5 Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, asunto C-357/11, caso O. y S.

6 Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de septiembre de 2012, asunto C-83/11, caso Rahman y otros.

7 Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09, caso Tsakouridis.

8 Sentencia de 17 de noviembre de 2011, asunto C-430/10, caso Gaydarov.

9 Sentencia de 17 de noviembre de 2011, asunto C-434/10, caso Aladzhov.

10 Me refiero a las Directivas 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia («DO» L 180 de 13/7/1990); 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional («DO» L 180 de 13/7/1990); y 93/96/CEE del Consejo de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes («DO» L 317, de 18/12/1993)

11 Ver entre otros el Reglamento(CEE) 1612/1968 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad («DO» L 257, de 19/10/1968, cuya última modificación tuvo lugar mediante el Reglamento (CEE) 2434/92 («DO» L 245 de 26/8/1992); Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968 sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la

alguna, la comparación de ambas normativas, hasta su práctica fusión en 2004, pone de manifiesto la vocación económica inicial de las Comunidades Europeas que consideraba a la libre circulación de los trabajadores en la Unión Europea como una de las «libertades económicas», olvidando cualquier referencia a la libre circulación de las personas.

El artículo 18.1 del Tratado de la Comunidad Europea, debido a la reforma de dicho Tratado por el Tratado de la Unión Europea de 1992, estableció el derecho a la libre circulación y residencia de las personas, cuya redacción ha permanecido invariable desde 1992 hasta nuestros días, es decir, durante algo más de 20 años en las sucesivas redacciones de los Tratados de la Unión, así como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Pues bien, el objeto de este trabajo es el de acreditar que al margen de mandatos explícitos del Derecho originario y derivado de la Unión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea está llevando a cabo, aunque sean muchas las excepciones, una expansión considerable del derecho a la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos europeos, al margen de la concepción originaria de la libertad de circulación y residencia que se circunscribía a una concepción policial. Dicha expansión tiene su causa, fundamentalmente, en la capacidad expansiva del mercado interior. Esta tesis, que he sostenido desde 1997¹², y que puede seguir manteniéndose, considera que el mercado interior tiene en su propio ADN una fuerza expansiva extraordinaria sin que, todavía, puedan preverse sus límites. Y dicha expansión contrasta con el Derecho derivado de la Unión Europea que desarrolla los preceptos que consagran la libertad de circulación de las personas, tanto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (a partir de ahora también TFUE) como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a partir de ahora también Carta).

Pero debe señalarse, antes de seguir adelante, que la ciudadanía europea sigue siendo un estatus vinculado a la ciudadanía de cada uno de los Estados miembros y que, más allá del deseo de algunos autores por encontrar en sentencias como la del caso *Rottmann*¹³ el reconocimiento de una vía para la autonomía de la ciudadanía europea, dicha sentencia confirma el postulado de la vinculación de la ciudadanía de la Unión a la ciudadanía nacional dejando a los tribunales nacionales la aplicación del principio de proporcionalidad que pudiera modular la aplicación del derecho nacional que regula la adquisición y pérdida de la nacionalidad. De manera que el Tribunal de Justicia, aunque en numerosas sentencias considere que el estatuto de ciudadano de la Unión tiene vocación de ser el estatuto fundamental de los residentes de los Estados miembros de la Unión Europea en otros Estados miembros de la Unión, dicho estatuto es todavía muy limitado.

En el ámbito normativo, como antes decía, el contenido del artículo 18 del TCE, conforme a la redacción que le dio el Tratado de Maastricht, ha permanecido invariable hasta nuestros días en que se ha convertido en el artículo 21 del TFUE, como consecuencia de las reformas llevadas a cabo por el Tratado de Lisboa. Durante este largo

estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad («DO» L 257 de 19/10/1968), modificada por el Acta de adhesión de 2003.

12 Ver mi trabajo «El mercado interior» en E. LINDE y otros, *Los retos de la Unión Europea ante el siglo XXI*, Banco del Comercio/UNED, Madrid, 1997, págs. 215 y sigs.

13 Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 2010, asunto C-135/08, caso *Rottmann*.

período se elaboró, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyo texto fue proclamado por el Consejo, el Parlamento y la Comisión el año 2000 y que, tras la reforma del mismo en 2007, ha entrado en vigor el 1 de enero de 2009, al mismo tiempo que el Tratado de Lisboa. Debido al tortuoso proceso de elaboración de la Constitución europea *non nata*, y del propio Tratado de Lisboa que la sustituyó, se da la circunstancia de que la ciudadanía europea, y en consecuencia la libertad de circulación y residencia, se regula doblemente en el TFUE y en la Carta. De manera que no podemos eludir el análisis de si esta doble regulación tiene alguna trascendencia jurídica, o si, por el contrario, se trata de una mera reiteración eufemística.

Las redacciones del artículo 21.1 del TFUE y del artículo 45 de la Carta presentan coincidencias y diferencias. Coinciden ambas redacciones en afirmar que todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, pero el artículo 21.1 añade, donde finaliza la redacción del artículo 45 de la Carta: «con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

La naturaleza del artículo 21.1 del TFUE ha sido y sigue siendo objeto de polémica doctrinal; particularmente en lo relativo a si se trata de un precepto de aplicación directa. Obviaremos algunas fases del proceso para centrarnos en el caso *Baumbast*/Reino Unido¹⁴, que trae causa en una cuestión prejudicial planteada por el Immigration Appeal Tribunal del Reino Unido sobre la interpretación de los artículos 18 del Tratado de la Comunidad Europea (a partir de ahora TCE) y 12 del Reglamento (CEE) 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad Europea¹⁵.

El asunto de fondo supuso, en su momento, una conmoción del concepto de libertad de circulación, ya que la sentencia establecía que los hijos de un ciudadano de la Unión que se habían instalado en un Estado miembro diferente al de su nacionalidad tenían derecho a continuar residiendo y a seguir estudiando en el Estado anfitrión aunque: los padres se hubieran divorciado; solo uno de los progenitores fuera ciudadano de la Unión; tuviera la custodia de los hijos el cónyuge no comunitario; el que fuera trabajador migrante ya no lo fuera; y los hijos en cuestión no fueran ciudadanos de la Unión. La interpretación del artículo 12 del Reglamento del Consejo 1612/68 puede ponerse de ejemplo de interpretación sistemática del Derecho alejada de las interpretaciones literales que suelen ser empobrecedoras.

Pero, lo más relevante de dicha sentencia, a los efectos que ahora nos ocupan, se contiene en el apartado tercero del fallo en que se proclama que el artículo 18.1 del TCE, ahora 21.1 del TFUE, (sobre la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos europeos) es de aplicación directa. Si bien el Tribunal añade que el ejercicio del derecho está sujeto a las limitaciones y condiciones a las que se refiere el artículo 18.1 del TCE. Y además añadiría: *«pero las autoridades competentes y, en su caso, los órganos jurisdiccionales*

14 La sentencia *Baumbast* de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, ha sido objeto de numerosos comentarios doctrinales a título de ejemplo pueden citarse

15 «DO» L 141 de 27/5/2011, derogado por el Reglamento (UE) 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, texto pertinente a efectos del EEE.

nacionales deben velar por que dichas limitaciones y condiciones se apliquen respetando los principios generales del Derecho Comunitario y, en particular, el principio de proporcionalidad».

La sentencia en el caso Baumbast es citada por la mayoría de los autores como un hito que ponía fin a la polémica sobre la aplicación directa del artículo 18.1 del TCE. Pero, infortunadamente, lejos de ser así la doctrina Baumbast obliga a reformular el concepto de directa aplicación de los preceptos del Derecho originario de la Unión. Y esto porque dicha sentencia contiene una suerte de contradicciones, ya que, por una parte, afirma la aplicación directa del artículo 18 del TCE, ahora 21 del TFUE, y, por otra parte, reconoce que la aplicación del precepto está sujeta a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación¹⁶.

El concepto de aplicación directa había sido utilizado anteriormente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con preceptos de los Tratados que no tenían desarrollo normativo, particularmente, por ejemplo, el antiguo artículo 12 del TCE (ahora artículo 30 del TFUE) que prohibía los derechos aduaneros a la importación y exportación o exacciones de efecto equivalente en el mercado interior¹⁷. Es decir, frente a la pretensión de algunos Estados miembros de que dicha prohibición solo podía ser efectiva cuando tuviera lugar el correspondiente desarrollo reglamentario, el Tribunal de Justicia afirmó su directa aplicación sin necesidad de desarrollo normativo alguno. Es más, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podía deducirse que una prohibición de la naturaleza de la establecida en el antiguo artículo 12 del TCE no precisaba ningún desarrollo normativo. De manera que si se considera que un precepto es de aplicación directa los límites y condiciones de su aplicación son finalmente determinados por el Tribunal de Justicia.

El artículo 21.1 del TFUE no es comparable al artículo 12 del TCE, actual artículo 30 del TFUE, en razón a que el artículo 21.1 del TFUE prevé expresamente la sujeción a «limitaciones» de dicha libertad determinadas por el Derecho derivado. El artículo 21 tiene una redacción un tanto atormentada en la medida en que se refiere a disposiciones limitativas en su apartado 1, y a «disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio» del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros en su apartado 2. Y, además, en su apartado 3 habilita al Consejo para que pueda adoptar medidas sobre seguridad social o protección social. El caso es que desde 2004, y en particular desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, no se ha producido reforma alguna relevante de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y

16 Dice así el apartado tercero del fallo: *Un ciudadano de la Unión Europea que no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia como trabajador migrante puede, en su condición de ciudadano de la Unión, disfrutar en ese Estado de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18 CE, apartado 1. El ejercicio de este derecho está sujeto a las limitaciones y condiciones a las que se refiere dicha disposición, apartado 1, pero las autoridades competentes y, en su caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben velar por que dichas limitaciones y condiciones se apliquen respetando los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de proporcionalidad»*

17 Ver la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, caso Van Gend y Loos.

se derogan las directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

La circunstancia de que el TFUE prevea expresamente el desarrollo del artículo 21 del TFUE no quiere decir que el precepto no sea de directa aplicación. Dicho precepto puede ser invocado ante las autoridades y jueces y Tribunales, pero los escenarios de aplicación de un precepto que puede ser desarrollado pueden ser dos bien diferentes. Por una parte, si el legislador de la Unión no hubiera desarrollado la libertad en cuestión (lo que podría haber sucedido, en la medida en que se crea en la Unión Europea una competencia de ejercicio potestativo¹⁸), el Tribunal de Justicia podría haber interpretado expansivamente dicho derecho y, en todo caso, su configuración habría sido de naturaleza jurisprudencial; que tendría que haber tenido en cuenta los principios del Derecho de la Unión y los límites que pudieran deducirse de otros preceptos de los Tratados.

Pero, el caso es que la libertad de circulación de las personas venía siendo regulada por la Unión años antes del reconocimiento formal de dicha libertad en los Tratados, en particular mediante los Reglamentos de 1990 y 1993 a que antes me referí. De manera que el derecho a la libertad de circulación de las personas podía y puede alegarse directamente ante las autoridades y jueces y Tribunales, pero éstos deben interpretarlo de acuerdo con las disposiciones dictadas para su aplicación, de modo que queda atenuada, e incluso anulada, la primera y más potente manifestación de la doctrina de la aplicación directa de un precepto de los Tratados, que hace depender su interpretación y aplicación de la doctrina jurisprudencial.

Podría haberse cuestionado que la normativa de la Unión anterior a 1992 fuera considerada como desarrollo del artículo 18 del TCE, pero esta cuestión nunca ha sido objeto de la jurisprudencia, y serían inocuas las conclusiones que pudiéramos obtener después de promulgada la Directiva 2004/36.

Por otra parte, antes mencionaba que el artículo 45 de la Carta (que regula la libertad de circulación de las personas) difiere del artículo 21.1 del TFUE. ¿Tiene trascendencia esta discrepancia? ¿Acaso puede sostenerse que la redacción del artículo 45 de la Carta, que excluye toda condición al ejercicio de dicha libertad, debe prevalecer sobre la redacción del artículo 21.1 del TFUE? Pues bien, lo cierto es que de la propia Carta se deduce todo lo contrario. En efecto, el artículo 52.2 de la Carta es concluyente al establecer que: «Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos». De manera que la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos por el territorio de la Unión Europea al constituir una disposición del TFUE no se rige por lo establecido por la Carta sino por lo establecido en el TFUE. Así, puede decirse que el artículo 45 de la Carta no es aplicable a la materia que analizamos; sería a nuestros efectos un precepto meramente retórico¹⁹ que en contadas ocasiones es tenido en cuenta por el Tribunal de Justicia.

18 Sobre las características de las competencias potestativas puede verse mi trabajo «El sistema de competencias en el derecho de la Unión Europea» en la *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 21, segundo semestre de 2011.

19 Más ampliamente sobre este tema mi trabajo «El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15, 2º semestre de 2008, págs. 27 a 44.

Por lo demás, debe recordarse que el legislador comunitario esperó once años, hasta 2004, desde que entrara en vigor el artículo 18.1 del TCE (que trae causa en la reforma llevada a cabo por el Tratado de la Unión de 1992 sobre el TCE) para llevar a cabo una refundición y mejora de la regulación existente sobre la libertad de circulación y residencia. Y a lo largo de los cerca de cuatro años transcurridos desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el legislador de la Unión no ha hecho uso de las competencias que le atribuyen los apartados 2 y 3 del artículo 21 del TFUE, que prevén la adopción de medidas destinadas a facilitar el ejercicio de la libertad que analizamos, así como medidas específicas sobre seguridad social y protección social²⁰.

De manera que el balance de la actividad normativa no es muy satisfactorio. La legislación europea siempre ha ido por detrás de la realidad y de la jurisprudencia en este ámbito, como en otros tantos de la Unión Europea. Y, lamentablemente, la normativa europea se ha centrado en una concepción policial muy restrictiva que incide gravemente en la configuración del concepto de libertad de circulación de las personas y en el derecho de familia a que antes me he referido²¹.

II. LOS AVANCES DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Tal y como sucede en la historia de la construcción europea la jurisprudencia del Tribunal de Justicia supone, salvo excepciones, una interpretación avanzada e integrada del Derecho de la Unión Europea, frente a los persistentes obstáculos que los Estados miembros ponen al ejercicio de la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión.

De manera que, pese a los obstáculos derivados de una legislación insuficiente, se puede apreciar la expansión de la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión por el territorio de los Estados miembros. Examinaremos a continuación la expansión de la libertad en forma de los límites que su ejercicio supone sobre sectores del ordenamiento jurídico de los Estados miembros que hasta hace pocos años parecían infranqueables por el Derecho de la Unión. No obstante, dejaremos al margen la libertad de circulación de los trabajadores, así como las libertades de prestación de servicios y de establecimiento²² que desbordarían los límites de este trabajo. Y tampoco aborda-

20 El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (COM/2012/0169 final) no se hace mención a que la Comisión esté preparando una normativa en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 21 del TFUE que supere la Directiva 2004/38/CE incorporando a la misma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

21 Ver al respecto mi trabajo «El marco general de intervención de la Unión Europea en el ámbito personal y familiar», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 22, del primer semestre de 2012, págs. 19 y sigs.

22 Un estudio de la jurisprudencia al respecto puede verse en L. BERNARDEAU, «La libre circulación de las personas físicas y el ejercicio de una actividad económica en el marco de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios», en *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Consejo general del poder Judicial, Madrid, 2008.

remos la libertad de circulación en la Unión Europea de los ciudadanos de otros Estados no miembros que suponen diferentes categorías.

De manera que centraremos nuestro análisis en algunos ejemplos, expuestos de modo sucinto, en que el ejercicio de la libertad de circulación supone limitaciones en las competencias de los Estados miembros que no se deducen directamente del Derecho de la Unión sino que son el resultado de la expansión de la libertad de circulación y residencia de acuerdo con el principio de conexión que deriva de la expansión del mercado interior. Es decir, trataré de acreditar que la libertad de circulación de los ciudadanos europeos ha desbordado, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la versión primigenia de carácter policial (todavía no superada) extendiendo su impacto sobre ámbitos competenciales exclusivos de los Estados miembros. Y es posible predecir que dicho desbordamiento no ha hecho más que empezar, aunque no dejan de apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia algunas sombras²³ e indecisiones a que antes me he referido.

II.1 Limitaciones de la competencia fiscal de los Estados miembros²⁴

El caso *Comisión contra Alemania*²⁵ supone la limitación de las competencias de la República Federal de Alemania en materia de fiscalidad directa como consecuencia de la vulneración por el derecho alemán del derecho a la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión.

El derecho alemán prevé que los gastos de escolaridad ocasionados por la asistencia a un colegio privado se benefician de las rebajas fiscales por hijos a cargo y de las prestaciones familiares. Y en particular el alojamiento en un internado que ocasione gastos extraordinarios relacionados con la formación escolar dan derecho, como regla general, a la rebaja fiscal por deducción prevista en el artículo 33^a, apartado 2, del Einkommenssteuergesetz. Y la misma regla se aplica a los gastos suplementarios ocasionados por la asistencia a un colegio extranjero en el territorio alemán. Sin embargo, de acuerdo con el Derecho alemán no disfrutaban de las rebajas fiscales antes mencionadas los gastos de escolaridad ocasionados por la asistencia a un colegio establecido en otro Estado miembro.

23 A título de ejemplo puede ponerse el caso *Comisión Europea/República de Hungría* (sentencia de 1 de diciembre de 2011, C-253/09) que conecta la libertad de circulación con el trato fiscal por adquisición de vivienda principal. La Comisión Europea interpuso un recurso por incumplimiento de Hungría por dispensar un trato diferente a la adquisición en Hungría de un inmueble destinado a convertirse en residencia principal haciendo depender el trato fiscal de que dicha adquisición suceda a la venta de un inmueble residencia principal en Hungría o en otro Estado miembro. En este caso el Tribunal consideró que no se vulneraba el Derecho de la Unión por el trato discriminatorio. En dicha sentencia se considera que «*las medidas nacionales que pueden obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el tratado son, no obstante, admisibles siempre que persigan un objetivo de interés general, sean adecuadas para garantizar la obtención de éste y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido*» (69)»

24 Ver B. CHEVALIER «La libre circulación de personas y sus efectos sobre la soberanía fiscal de los estados miembros», en *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

25 Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2007, asunto C-318/05. También la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2007, asunto C-76/05, caso *Schwarz y Gootjes-Schwarz*.

La Comisión Europea inició el procedimiento por incumplimiento al considerar que la exclusión antes referida suponía la vulneración de los artículos 18, 39, 43 y 49 del TCE, y tras la negativa del Gobierno alemán a atenerse al dictamen de la Comisión ésta recurrió al Tribunal de Justicia que interpretó la excepción antes señalada a la luz del artículo 18 del TCE.

El Tribunal de Justicia parte del reconocimiento de que la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, si bien éstos deben respetar en ejercicio de la misma el Derecho de la Unión,²⁶ y de la misma manera reconoce el Tribunal de Justicia que los contenidos de la enseñanza y la organización del sistema educativo son competencia de los Estados miembros, si bien en el ejercicio de dicha competencia éstos deben respetar el Derecho de la Unión. De manera que lo que el Tribunal de Justicia debía dilucidar era si en el ejercicio de competencias estatales la República Federal de Alemania (RFA) ha respetado el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión que, en este caso, son ciudadanos alemanes.

Las alegaciones de la República Federal de Alemania se centraron, fundamentalmente, en la consideración de que no se puede obligar al Estado alemán a subvencionar colegios privados fuera del territorio alemán. Pero dicha alegación no estaba fundada por dos razones fundamentales. En primer lugar porque existen antecedentes de admisión de gastos de escolaridad, beneficiarios de la rebaja fiscal, abonados a un colegio alemán situado en otro Estado miembro y reconocido por la Conferencia Permanente de los Ministros de Educación y Cultura de los Länder (sentencia de 14 de diciembre de 2004, XI R 32/03 del Bundesfinanzhof). En segundo lugar, la rebaja fiscal, que la RFA considera una subvención a un colegio fuera del territorio alemán es, en realidad, una subvención a los padres de los alumnos que estudian en dichos colegios.

El Tribunal de Justicia seguirá la doctrina según la que «el estatuto de ciudadano de la Unión esta destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de tales nacionales que se encuentran en la misma situación obtener el mismo trato jurídico en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones previstas a este respecto»²⁷. Y en consecuencia decidirá: *Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 18 CE, 39 CE, 43 CE y 49CE, al excluir de manera general los gastos de escolaridad ocasionados por la asistencia a un colegio establecido en otro Estado miembro, de la deducción fiscal en concepto de gastos extraordinarios prevista en el artículo 10, apartado 1, número 9, del Einkommenssteuergesetz (Ley alemana del impuesto sobre la renta de las personas físicas), en la versión publicada el 19 de octubre de 2002.*

26 Es precedente de esta sentencia el Caso Danner, asunto C-374/05

27 Ver apartado 125 de la sentencia que cita como precedentes las sentencias de 20 de septiembre de 2001, caso *Grzelczyk*, asunto C-184/99, apartado 31; de 11 de julio de 2002, caso *D'Hoop*, asunto C-224/98, apartado 28; y de 2 de octubre de 2003, caso *García Avello*, asunto C-148/02, apartados 22 y 23; 29 de abril de 2004, caso *Pusa*, asunto C-224/02, apartado 16.

El caso *Rüffer*²⁸ limita las competencias de los Estados en materia de deducciones fiscales por cotizaciones al seguro de enfermedad como consecuencia del ejercicio de la libertad de circulación por ciudadanos de la Unión.

El Sr. Rüffer, ciudadano alemán, disfrutaba de dos pensiones, una pensión de invalidez y otra pensión de empresa. Ambas pensiones se le abonaban en una cuenta bancaria en Alemania. Dicho ciudadano europeo fijó su residencia en Polonia tras su jubilación. Y de acuerdo con el Convenio para evitar la doble imposición entre Alemania y Polonia, el Sr. Rüffer estaba obligado a tributar en Alemania por su pensión de invalidez y en Polonia por su pensión de empresa. Por esta razón solicitó de la administración polaca que le dedujera del impuesto sobre la renta que le correspondía abonar en Polonia la cuantía abonada en Alemania por su seguro de enfermedad. La administración polaca denegó lo solicitado por el Sr. Rüffer en aplicación de la legislación polaca que solo prevé dichas deducciones cuando las cotizaciones por seguro de enfermedad que se pretenden deducir se hayan producido en Polonia.

Tras agotar la vía administrativa el Sr. Rüffer interpuso recurso ante el Tribunal Administrativo de Wroclaw que presentó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de la normativa polaca, que limita la posibilidad de deducir del impuesto sobre la renta únicamente las cotizaciones al seguro obligatorio de enfermedad: realizadas por un residente en Polonia; cuando dichas cotizaciones se abonen en aplicación del Derecho interno polaco; y excluyendo las cotizaciones abonadas por el concepto de seguro obligatorio de enfermedad en otro Estado miembro de la Unión.

El Tribunal Administrativo de Wroclaw no invocó en el planteamiento de la cuestión prejudicial el artículo 18 del TCE, concerniente a la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que el caso concernido pertenece al ámbito del derecho a la libre circulación y libre residencia de los ciudadanos de la Unión en los Estados miembros. De manera que, examinada la cuestión prejudicial a la luz del citado artículo 18 el Tribunal de Justicia alcanzará conclusión de que se opone a dicho precepto de la Unión «la normativa de un Estado miembro que vincula la concesión del derecho a deducir del impuesto sobre la renta las cotizaciones al seguro de enfermedad abonadas al requisito de que las cotizaciones se abonen en dicho Estado miembro, con arreglo a disposiciones de Derecho nacional, y deniega la concesión de tal ventaja fiscal cuando las cotizaciones deducibles del impuesto sobre la renta exigible en dicho Estado miembro se abonan en el marco de un régimen de seguro obligatorio de enfermedad de otro Estado miembro».

De acuerdo con el Tribunal de Justicia la diferencia de trato fiscal de las cotizaciones a un seguro obligatorio de enfermedad «solo pueden justificarse si se basan en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y fuera proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional», existiendo al respecto una jurisprudencia reiterada que cita el Tribunal²⁹. El Gobierno

28 Sentencia del TJ de 23 de abril de 2009, C-544/07.

29 Ver las sentencias de 18 de julio de 2006, caso De Cuyper, asunto C-406/04, apartado 40, de 26 de octubre de 2006, caso Tas-Hagen, asunto C-192/05 y de 4 de diciembre de 2008, caso Tas y Zablocka-Weyhermüller, asunto C-221/07.

polaco no presentó alegaciones al respecto. Sin embargo, el Tribunal Administrativo de Wrocław planteó si puede calificarse de «consideración objetiva independiente de la nacionalidad» la circunstancia de que no se reembolsara al organismo de salud polaco (Fondo Nacional de Salud Polaco) la totalidad de las cotizaciones del Sr. Rüffer en Alemania, sino tan solo los gastos de las prestaciones proporcionadas al mismo. De manera que podía concluirse que las cotizaciones del Sr. Rüffer no contribuían a la financiación del seguro de enfermedad polaco. La respuesta del Tribunal de Justicia será negativa.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea situará el derecho a la libre circulación y libre residencia de los ciudadanos de la Unión Europea en los Estados miembros por encima de las exigencias que pueden derivar para los Estados miembros de sus competencias, en lo que concierne a la configuración del impuesto sobre la renta. De manera que aunque el Tribunal de Justicia no pone en cuestión la competencia de los Estados miembros en materia de imposición directa, confirma el principio de que el ejercicio de dicha competencia tiene que respetar el derecho establecido en el artículo 18 del TCE, ahora artículo 21 del TFUE.

II.2 Limitaciones sobre la competencia de los Estados miembros en materia de pensiones

El caso *Pusa*³⁰ limita la competencia de los Estados miembros en lo concerniente al cálculo de la cuantía de la pensión embargable para garantizar el cobro de una deuda, como consecuencia de la conexión de dicha competencia nacional con la libertad de circulación de las personas.

El señor Pusa, de nacionalidad finlandesa, cuando se jubiló se trasladó a España. El señor Pusa percibía una pensión de invalidez que se le ingresaba en una cuenta bancaria abierta en Finlandia. Dicho ciudadano finlandés contrajo una deuda con la *Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö* y derivada de la misma el Tribunal de Primera Instancia de Riihimäki (*Riihimäen Kihlakunnanoikeus*) autorizó, el 27 de octubre de 2000, el embargo de la pensión del Sr. Pusa.

La cuestión prejudicial que se suscita en el caso que analizamos tiene que ver con la cuantía de la pensión que puede ser embargada. Las autoridades finlandesas aplicaron la Ley sobre la ejecución forzosa que permite la retención de un tercio del importe neto de la pensión concedida, salvo en los casos en que la pensión no superara los 5.238 FMI mensuales en cuyo caso la retención sería de las tres cuartas partes del importe correspondiente a la diferencia entre el importe neto y la parte protegida, ascendiendo esta última a 97 FMI diarios. La cuestión es que el Sr. Pusa no estaba sujeto a ninguna retención impositiva al estar sometido al impuesto sobre la renta en España, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio contra la doble imposición suscrito entre España y Finlandia de 15 de noviembre de 1967.

Pues bien, es el caso que si el señor Pusa hubiera residido en Finlandia, para calcular el importe neto de su pensión, a efectos de embargos, se hubiera deducido del importe bruto de la pensión el importe satisfecho por el impuesto sobre la renta abonado

³⁰ STJ de 29 de abril de 2004, asunto C-224/02, caso Heikki Pusa *versus* Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö

en dicho país. Sin embargo, al residir en señor Pusa en España dicha deducción no tuvo lugar, de manera que el embargo se produjo sobre el importe bruto de su pensión.

El Tribunal de Justicia tenía que dilucidar si el trato desigual derivado del lugar de residencia del señor Pusa era conforme al Derecho de la Unión o, por el contrario, vulnera el derecho a la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión. En este caso, el Tribunal de Justicia no duda sobre la competencia de los Estados miembros en lo relativo a la normativa correspondiente a la ejecución forzosa para el cobro de deudas. De manera que la cuestión prejudicial, planteada por el Tribunal Supremo de Finlandia (Korkein oikeus), no versaba sobre la competencia comunitaria o nacional en la materia sino sobre si el ejercicio de dicha competencia nacional había respetado el Derecho comunitario y, en particular, la libertad de circular y residir en el territorio de los Estados miembros³¹.

Para el Tribunal de Justicia no cabe duda de que dicho trato desigual, que hace depender el cálculo del importe neto que hay que tener en cuenta a los efectos de practicar un embargo para la satisfacción de una deuda, supone un obstáculo a la libre circulación de las personas sin que el Gobierno finlandés haya podido esgrimir alguna argumentación que permita considerar que dicha excepción estuviera amparada por el Derecho de la Unión. Dice así el fallo en su primer apartado: *El derecho comunitario se opone, en principio, a una legislación de un Estado miembro de conformidad con la cual la parte embargable de una pensión abonada periódicamente en ese Estado a un deudor se determina deduciendo de dicha pensión la retención en origen del impuesto sobre la renta que debe pagarse en el citado Estado, mientras que el impuesto que el perceptor de tal pensión deba pagar con posterioridad por ella en el estado miembro en que resida no se tiene en cuenta a efectos de determinar la parte embargable de dicha pensión.*

El caso *Tas-Hagen y Tas*³² conecta la libertad de circulación con el derecho a la percepción de pensiones y limita la competencia de los Estados miembros en el ejercicio de sus competencias en la materia.

El derecho holandés denegaba pensiones a víctimas civiles de la guerra o represión a los ciudadanos que en el momento de la solicitud no residieran en el territorio nacional holandés. El caso es que la Sra. Tas-Hagen, que nació en las Indias Holandesas, se trasladó a los Países Bajos en 1954 y en 1961 obtuvo la nacionalidad holandesa. Posteriormente, en 1987, tras haber sufrido una incapacidad laboral que puso fin a su vida laboral, se instaló en España. Por su parte el Sr. Tas, que nació en las Islas Holandesas, se trasladó a los Países Bajos en 1947, de 1951 a 1971 tuvo la nacionalidad indonesia, y recuperó la nacionalidad holandesa en 1971. Tras haber obtenido una declaración de invalidez del 100%, por motivos psíquicos, en 1987 se instaló en España.

Tanto la Sra. Tas-Hagen como el Sr. Tas se acogieron a la Ley relativa a las prestaciones a favor de víctimas civiles de la guerra de 1940-1945, de 10 de marzo de 1984 (Wet uitkeringen burgeroorlogsslachtoffers 1940-1945), solicitando en 1999 las prestaciones correspondientes previstas en la misma. Pues bien, a ambos señores se les reconoció la condición de víctimas civiles de guerra, pero se les denegó el derecho a la

31 La sentencia cita como casos análogos las sentencias de 23 de noviembre de 2000, dictada en el caso *Elsen*, asunto C-135/99, y de 2 de octubre de 2003, caso *García Avello*, asunto C-148/02.

32 Sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto C-192/05, caso *Tas-Hagen y Tas*.

correspondiente prestación en razón a que ambos la solicitaron cuando residían en España, y de acuerdo con la citada Ley de 10 de marzo de 1984 la residencia en territorio holandés era un requisito inexcusable, a salvo de la cláusula de equidad que la autoridad administrativa holandesa no consideró aplicable a los señores Tas-Hagen y Tas.

La alegación principal del Consejo Regulador-Caja de pensiones y prestaciones (Raadskamen WUBO van Pensionen-en Uitkeringraad, PUR) aludía a que las prestaciones destinadas a las víctimas civiles de guerra no están incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. La alegación, sin embargo no solo no contradice la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sino que la sigue, ya que el Tribunal ha establecido que «la ciudadanía de la unión, prevista en el artículo 17 CE, no tienen por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado a situaciones internas que no tienen ninguna conexión con el Derecho Comunitario»³³. Pero, es el caso que la conexión viene derivada del ejercicio por los Srs. Tas-hagen y Tas de su derecho a la libertad de circulación y residencia en la Unión Europea, pues dicho derecho se ve afectado por el requisito de residencia previsto en el derecho holandés. Por ello el Tribunal, reconociendo que los Estados miembros tienen un amplio margen de apreciación en cuanto a la fijación de los criterios de vinculación con el Estado de los solicitantes de dichas prestaciones, dichos criterios para no vulnerar el ejercicio del derecho a la libre circulación deben ser idóneos y proporcionados, lo que no es acreditado por los Países Bajos. Por lo que el Tribunal de Justicia declarará que: *el artículo 18 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual éste se niega a conceder a uno de sus nacionales una prestación destinada a las víctimas civiles de guerra por el único motivo de que, en la fecha de presentación de la correspondiente solicitud, el interesado no estaba domiciliado en el territorio de dicho Estado, sino en el de otro Estado miembro*³⁴.

II.3 Limitaciones de la competencia de los Estados en materia de derecho a residencia

El caso *Catherine Zhu y Chen*³⁵, conecta la libertad de circulación de los ciudadanos europeos con el derecho civil británico al que le impone límites.

Dos ciudadanos chinos con objeto de salvar las limitaciones a la natalidad de China, queriendo tener un segundo hijo (el primero lo tuvieron en China en 1998), viajaron a Irlanda del Norte el mes de mayo de 2000 en donde la señora Man Lavette Chen el 16 de septiembre de 2000 tuvo a su hija Kunqian Catherine Zhu.

De acuerdo con la legislación británica Kunqian Catherine Zhu, no obstante haber nacido en territorio del Reino Unido, de acuerdo con la Ley de 1981 sobre nacionalidad

33 El Tribunal cita las sentencias de 5 de junio de 1997, caso Uecker y Jacquet, asunto C-64/96 y C-65/96, apartado 23 y de 2 de octubre de 2003, caso García Avello, asunto C-148/02, apartado 26).

34 Semjante es el caso Halina Nerkowska *versus* Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie, asunto C-499/06 en que el Tribunal de Justicia declara: «El artículo 18 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación de un Estado miembro en virtud del cual ese Estado deniega, de manera general y en cualesquiera circunstancias, el pago de una prestación concedida a las víctimas civiles de la guerra o de la represión a los nacionales de ese estado miembro únicamente porque éstos no residan durante todo el período de pago de la citada prestación en el territorio de dicho Estado sino en el de otro Estado miembro».

35 Sentencia de 19 de octubre de 2004, C-200/02.

británica (British Nationality Act 1981), no tiene derecho a obtener la nacionalidad británica.

Sin embargo, de acuerdo con la Ley de 1956 sobre la nacionalidad y la ciudadanía irlandesas (Irish Nationality and Citizenship Act 1956) la República de Irlanda permite la adquisición de la nacionalidad irlandesa a cualquier persona que nazca en la Isla de Irlanda. De manera que se produjo la paradoja de que Catherine Zhu hija de padres chinos, nacida en territorio del Reino Unido, adquirió la nacionalidad irlandesa y por tanto el estatuto de ciudadana de la Unión Europea. Y, por otra parte, Catherine Zhu perdió la posibilidad de obtener la nacionalidad china, de acuerdo con la legislación de dicho país al haber nacido en Irlanda y haber adquirido la nacionalidad irlandesa.

El caso es que la señora Chen, madre de Catherine Zhu, se trasladó a Cardiff, en el País de Gales (Reino Unido), y solicitó a la administración del Reino Unido un permiso de residencia de larga duración para ella y para su hija; amparándose en el estatuto de ciudadana europea de su hija. Por lo demás, había quedado acreditado que Catherine Zhu dependía económicamente de su madre y que la actividad profesional de la Sra. Chen le permitía ser titular de un seguro de enfermedad que cubría tanto sus contingencias como las de su hija, y que, además, la Sra. Chen disponía de los recursos suficientes para no suponer una carga para el erario público del Reino Unido.

La solicitud de residencia, sin embargo, fue denegada por la autoridad administrativa británica (Secretary of State for the Home Department). Dicha denegación fue recurrida en apelación ante la Inmigration Appellate Authority que planteó al Tribunal de Justicia siete cuestiones prejudiciales, todas ellas relacionadas con la interpretación de las Directivas 73/148/CEE y 90/364/CEE del Consejo (ambas precedentes de la Directiva actualmente vigente 2004/38 CE). Todas las cuestiones prejudiciales tenían por finalidad esclarecer los derechos a circular y residir en el Reino Unido de Catherine Zhu y de su madre la Sra. Chen.

En este caso tiene lugar la separación del derecho a la libre circulación de las personas del derecho a la libre residencia, pues en el caso de Catherine Zhu, al ser ciudadana irlandesa tiene el derecho de circular por el territorio del Reino Unido y el de Irlanda, pero no el de residir en el Reino Unido, mientras que su madre, la Sra. Chen, no tendría, de acuerdo con la legislación británica ni derecho a circular ni derecho a residir en el Reino Unido.

Pues bien, el Tribunal alcanzó las siguientes conclusiones. En primer lugar, que el disfrute del derecho a la libertad de circulación y residencia no está condicionado ni supeditado a una edad mínima, es decir; que los menores de edad tienen derechos de ciudadanía. De manera que los niños a través de sus padres, como ciudadanos de la Unión, tienen derecho a solicitar la residencia permanente y a obtenerla si cumplen con los requisitos de disponer de un seguro de enfermedad y de recursos suficientes, como sucedía en el caso analizado.

Por otra parte, el Tribunal recuerda frente a las alegaciones británicas sobre el modo torticero utilizado por la señora Chen para obtener su hija la nacionalidad irlandesa, y derivada de la misma el derecho para obtener la residencia permanente en el Reino Unido, que corresponde a los Estados establecer las normas sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad, sin que otro Estado miembro pueda exigir requisitos adicionales para reconocerla en su propio Derecho. Por ello el tribunal de Justicia declaró:

En circunstancias como las del asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, confieren a un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, y que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último Estado. En ese caso las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el estado miembro de acogida.

II.4 Limitaciones de la competencia de los Estados en derecho civil

El caso *Grunkin y Paul*³⁶ conecta libertad de circulación con el derecho registral-civil alemán al que impone ciertas limitaciones.

Las autoridades alemanas denegaron la solicitud de inscripción en el Registro Civil alemán (Standesamt) del hijo de la señora Paul y del señor Grunkin, ambos de nacionalidad alemana, con dos apellidos, el de su padre y el de su madre (Grunkin-Paul).

El niño Leonhard Matthias había nacido en Dinamarca, y conforme al Derecho danés había recibido el apellido Grunkin-Paul, y con tal apellido fue inscrito en su partida de nacimiento. El niño en cuestión, de acuerdo con la legislación alemana, posee la nacionalidad alemana desde su nacimiento. El Registro Civil alemán denegó la solicitud de inscripción del niño Leonhard Matthias con el doble apellido de su padre y de su madre por varias razones. Por una parte, porque de acuerdo con el artículo 10 del Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch) el apellido de las personas se rige por la ley del estado de su nacionalidad, en este caso por la ley alemana. Y, por otra parte, porque de acuerdo con el artículo 1617 del Código Civil alemán no está permitido que un hijo lleve un apellido doble compuesto por el de su padre y el de su madre.

Tras algunos avatares irrelevantes a los efectos que nos ocupan³⁷ el 6 de mayo de 2006 los padres de Leonhard Matthias presentaron una demanda ante el Amtsgericht Flensburg en que se solicitaba que dicho tribunal ordenara al Registro Civil de Niebüll la inscripción de su hijo Leonhard Matthias Grunkin-Paul, tal y como había sino inscrito en el Dinamarca y que con tal doble apellido fuera inscrito en el Libro de familia. El Tribunal de Flensburg observando que de acuerdo con la legislación alemana no podía ordenar al Registro Civil de Niebüll una inscripción contraria al Código Civil, sin embargo formuló al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial: «Dada la prohibición de discriminación contenida en el artículo 12 CE y habida cuenta del derecho a la libre circulación que confiere el artículo 18 CE a todos los ciudadanos de la Unión, ¿es compatible con dichas disposiciones la regla alemana en materia de conflicto de leyes prevista en el artículo 10 del Código Civil alemán, en

³⁶ Sentencia de 14 de octubre de 2008, C-353/06.

³⁷ Entre otros se suscitó ante el tribunal de Justicia una cuestión prejudicial por el Amtsgericht Niebüll sobre la que el Tribunal de Justicia se declaró incompetente al considerar que consideró que el Amtsgericht Niebüll, al resolver un procedimiento de jurisdicción voluntaria con motivo de la pretensión de inscripción del niño Leonhard Matthias con el doble apellido de su padre y de su madre, actuó como autoridad administrativa sin que pudiera deducirse que ejerciera una función jurisdiccional.

la medida en que vincula las normas que regulan el apellido de una persona exclusivamente a la nacionalidad».

El Tribunal de Justicia reconocerá que la competencia normativa sobre la determinación de los apellidos de las personas es de los Estados miembros, pero en el ejercicio de dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión, si es afectado por el ejercicio de dicha competencia. Y dicho vínculo entre la legislación alemana y el Derecho de la Unión debe entenderse existente de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁸ porque en el niño Leonhard Matthias concurren las circunstancias de ser de nacionalidad alemana y residir en otro Estado miembro de la Unión.

El Tribunal de Justicia recordará que una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales de Estados miembros, por el mero hecho de haber ejercido su libertad de circular y residir en otro Estado miembro, constituye una restricción a las libertades del artículo 18 CE. Entre otros efectos desfavorables para el niño Leonhard Matthias el Tribunal aludirá a los inconvenientes de tener dos diferentes apellidos, es decir, dos identidades registrales diferentes de proceder la autoridad registral alemana de acuerdo con lo establecido en su Código Civil.

Por lo demás, el Tribunal de Justicia considera que los graves inconvenientes que puede acarrear a Leonhard Matthias una doble identidad solo podrían justificarse si se basaran en consideraciones objetivas y fueran proporcionados al objetivo legítimamente perseguido. Pero, tales requisitos no concurren en el presente caso, en contra de lo alegado no solo por el Gobierno alemán sino por las observaciones presentadas por los gobiernos belga, griego, español, francés, italiano, lituano, neerlandés y polaco, que se limitaron a hacer una defensa de sus respectivos ordenamientos jurídicos, así como de la competencia de los Estados miembros en materia de determinación del o de los apellidos de las personas. En el caso del Gobierno alemán, además, se incurrió en contradicción, ya que el ordenamiento jurídico alemán permite el doble apellido en determinadas circunstancias, por lo que sus alegaciones en contra del doble apellido pierden la poca consistencia que pudiera atribuírseles.

Por todo ello el Tribunal de Justicia declarará: *«El artículo 18 CE se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal y como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres solo posee la nacionalidad del primer Estado miembro».*

Sentencias como las del caso Grunkin-Paul debieran hacer reflexionar a las instituciones europeas sobre la conveniencia de llevar a cabo una armonización considerable de las competencias nacionales en materia de determinación de los apellidos que vendría exigida por la libertad de circulación tanto interior como exterior de los ciudadanos europeos. En esta línea no deja de ser sorprendente que se pueda considerar que un solo apellido (o la circunstancia de que en la mayoría de Estados de la Unión las mujeres pierdan su apellido al contraer matrimonio) garantice de un modo más adecuado la identidad de las personas. Al contrario, el doble apellido, a salvo de las excepciones que sin duda pueden estar justificadas, que identifica a los padres (padre y madre, o madre y padre, o padre y padre, o madre y madre, según los casos) de las personas, no solo pone

38 Véase la sentencia de 2 de octubre de 2003, caso García Avello, asunto C/148/02.

en igualdad a los padres (en la mayoría de los casos al hombre y a la mujer) sino que garantiza una mejor identificación de las personas.

II.5 Limitaciones de la competencia de los Estados en materia educativa

El caso *Bressol y otros*³⁹, conecta la libertad de circulación con el derecho al estudio en Estados diferentes al de la nacionalidad y limita las competencias de los Estados miembros en materia educativa.

El gobierno de la Comunidad francesa de Bélgica limitaba el número de estudiantes no considerados residentes en Bélgica en ciertos cursos del primer ciclo de estudios sanitarios, de acuerdo con un Decreto de 16 de junio de 2006. De acuerdo con dicho Decreto se consideran estudiantes residentes los que en el momento de matricularse en un centro de enseñanza superior, demuestren tener residencia principal en Bélgica y cumplan, además, alguno de los ocho requisitos que en el mismo se enumeran (tener derecho a residencia permanente en Bélgica, etc.). Dichas limitaciones tienen su causa en la reciente afluencia de estudiantes de otros Estados de la Unión, en especial franceses, a causa de las restricciones cuantitativas que en el vecino país existen para cursar estudios sanitarios.

Interpuestos los correspondientes recursos por los estudiantes a los que se denegó la matrícula en estudios sanitarios, finalmente el Tribunal Constitucional de Bélgica suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia de la Unión tres cuestiones prejudiciales.

El Tribunal de Justicia reconoce que la organización del sistema educativo y de la formación profesional es competencia de los Estados miembros, aunque en el ejercicio de dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión y, en particular, la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros⁴⁰.

No cabe duda de que, derivado del Decreto belga de 16 de junio de 2006 se produce una desigualdad de trato entre los estudiantes residentes y los no residentes. Desigualdad de trato que constituye una discriminación indirecta por razón de nacionalidad que está prohibida salvo que: esté justificada objetivamente; garantice la realización de un objetivo legítimo; y no exceda lo que es necesario para alcanzarlo⁴¹.

Al Tribunal de Justicia los argumentos de carácter presupuestario, tendentes a garantizar la calidad de la enseñanza, o a preservar la existencia de profesionales sanitarios residentes en Bélgica no le parecieron ni suficientes para justificar la desigualdad de trato, ni le parecieron justificación objetiva de la desigualdad, ni garantizadores, ni proporcionados al fin perseguido. Para el Tribunal de Justicia la razón principal

39 Sentencia de 13 de abril de 2010, caso Nicolas Bressol y otros, Céline Chaverot y otros *versus* Gouvernement de la Communauté française, asunto C-73/08.

40 Antecedentes de esta sentencia son las sentencias de 11 de septiembre de 2007, caso Schwarz y Gootjes-Schwarz, asunto C-76/05 y de 23 de octubre de 2007, caso Morgan y Bucher, asunto C-11/06 y C-12/06.

41 En esta línea doctrinal las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de octubre de 2008, caso Renneberg, asunto C-527/06, apartado 81, de 19 de mayo de 2009, caso Apothekerkammer des Saarlandes y otros, asunto C-171/07 y 172/07, apartado 25.

que pudiera justificar un trato desigual a residentes y no residentes en Bélgica sería la protección de la salud, pero no resulta suficiente invocar dicha razón sino que resulta necesario probar los perjuicios para la salud pública, lo que no ha tenido lugar en el procedimiento. Así, el Tribunal declarará que: *Los artículos 18 TFUE y 21 TFUE se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que limita el número de estudiantes no considerados residentes en Bélgica que pueden matricularse por primera vez en ciertos estudios sanitarios impartidos en centros de enseñanza superior, a menos que el órgano jurisdiccional remitente, una vez apreciada toda la información pertinente aportada por las autoridades competentes, declare que dicha normativa resulta justificada desde el punto de vista del objetivo de protección de la salud pública.*

II.6 Limitaciones de la competencia de los Estados sobre la aplicación de medidas de orden público limitativas de la libertad de circulación por razones exclusivamente económicas

El caso *Jipa*⁴² impuso ya limitaciones a la aplicación de medidas de orden público que supusieran restricciones a la libertad de circulación de las personas. Así, consideró el Tribunal de Justicia en la línea iniciada por el caso *Baumbast* que las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deben basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado y no en razones de prevención general. De manera que las medidas de orden público que pueden restringir el ejercicio del derecho a la libre circulación solo pueden aplicarse en relación aun determinado ciudadano cuando suponga «una amenaza real, actual, suficientemente grave que afecte un interés fundamental de la sociedad»⁴³. Pues bien, el caso *Hristo Byankov*⁴⁴ aplica la doctrina antes citada conectando la libertad de circulación de los ciudadanos europeos con las limitaciones que los Estados pueden poner a la libertad de circulación de sus ciudadanos derivadas de deudas privadas contraídas en sus respectivos países.

De acuerdo con el Derecho de Bulgaria, al ciudadano Byankov, mediante resolución del Director de la Dirección General del Ministerio de Interior de 17 de abril de 2007, se le prohibió abandonar el territorio búlgaro, así como que se le expidieran pasaportes o documentos de identidad sustitutivos. Dicha medida administrativa, de carácter coercitivo, se impuso en virtud del artículo 76.3 y disposición adicional de la Ley de Documentos de Identidad Búlgaros de 22 de diciembre de 2006 (*Zakon za balgarskite litschni dokumenti, ZBLD*), que prevé la imposición de dicha sanción cuando el impago de una deuda privada supere un determinado umbral, y que tal deuda no se ha cubierto con una garantía.

Contra la medida administrativa citada el ciudadano en cuestión no interpuso el correspondiente recurso contencioso administrativo por lo que la misma adquirió firmeza. No obstante, transcurridos 3 años desde la adopción de la resolución firme, el

⁴² Sentencia de 10 de julio de 2008, C-33/07.

⁴³ En esta misma línea jurisprudencial puede verse el caso *Tsakouridis*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, C-145/09.

⁴⁴ Caso *Hristo Byankov y Glaven secretar na Ministerstvo na vatrešbnite rabote*, sentencia de 4 de octubre de 2012, asunto C-249/11.

6 de julio de 2010, el ciudadano Byankov solicitó la revocación de la prohibición de abandonar el territorio búlgaro invocando su condición de ciudadano europeo. Tras el correspondiente procedimiento la autoridad administrativa denegó a Byankov la revocación de la medida de prohibición de salir del territorio búlgaro, por no estar contempladas sus alegaciones entre los motivos de revocación de resoluciones firmes que contempla el Derecho interno búlgaro. La posterior impugnación de dicha denegación ante un órgano jurisdiccional es la que ha permitido a dicho órgano presentar la cuestión prejudicial que resuelve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La razón principal por la que el órgano judicial búlgaro (Administrativen sad Sofia-grad) presentó la cuestión prejudicial deriva de que la resolución de 2007 objeto de impugnación por Byankov: «no menciona ninguna razón de orden público, de seguridad pública o de salud pública, no contiene ninguna apreciación de la conducta personal del Sr. Byankov, y tampoco expone las razones que demuestran que la imposición de la prohibición de abandonar el territorio objeto del litigio principal facilitaría el cobro de las cantidades de dinero de que se trata». Circunstancia esta por la que el órgano judicial búlgaro considera dudosa la aplicación al caso del artículo 27.1 de la Directiva 2004/38, que contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer limitaciones y condiciones a la libertad de circulación por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública.

En los términos planteados, los antecedentes jurisprudenciales son concluyentes, ya que el citado artículo 27.1 ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia en el sentido de que deben excluirse que los fines económicos puedan ser causa suficiente para prohibir que los ciudadanos abandonen su país (caso Aladzhov⁴⁵), además se añade la circunstancia de que con arreglo al Derecho de la Unión existen mecanismos efectivos para el cobro de deudas en la Unión Europea.

El caso Byankov tiene el interés añadido de la invocación por el Tribunal de Justicia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud de la aplicación del apartado 3 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. De la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se deduce con claridad que las medidas que limitan la libertad de los ciudadanos para abandonar su país deben someterse a revisión periódica para no ser desproporcionadas⁴⁶.

Por todo ello, el Tribunal de Justicia declarará que: *El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de una disposición nacional que impone una limitación del derecho de un nacional de un Estado miembro a circular libremente en la Unión Europea por un único motivo de que tiene con una persona jurídica de Derecho privado una deuda que supera un umbral legal y que no está cubierta por una garantía.*»⁴⁷

⁴⁵ Caso Aladzhov, caso 434/10.

⁴⁶ A este respecto la sentencia del TEDH de 2 de julio de 2009 caso Ignatov contra Bulgaria (Demanda 50/02, apartado 37) y de 26 de noviembre de 2009, caso Gochev contra Bulgaria (Demanda 34383/03, apartados 55 a 57).

⁴⁷ En la misma línea jurisprudencial pueden mencionarse el caso *Lassal* (sentencia de 7 de octubre de 2010, C-162/09), contabilización de permanencias a efectos de residencia permanente y el caso *Partena ASBL y Les Tertes de Chaumont-Gistoux SA* (sentencia de 27 de septiembre de 2012, C-137/11).

III. CONCLUSIONES

Una lectura superficial de los Tratados de la Unión y del Derecho derivado pudiera identificar la libertad de circulación de las personas, de modo casi exclusivo, con la supresión de los controles policiales y aduaneros en las fronteras interiores. Y no deja de ser cierto que la libertad plena de circulación de las personas afecta a las competencias de los Estados en materia de seguridad, y en particular en lo que concierne al control de los ciudadanos de la Unión que circulan y residen en sus territorios nacionales. Pero, aunque los estados miembros siguen creando obstáculos a la realización de la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea, a partir de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que hemos reseñado brevemente se abren nuevas perspectivas que permiten vislumbrar el pleno disfrute de los derechos ciudadanos sea cual sea el lugar en que se encuentre o resida un ciudadano de la Unión.

Los ciudadanos europeos, en la medida en que pueden circular libremente por el territorio de la Unión, pueden tener intereses de diversa naturaleza en varios Estados miembros, lo que exige una intervención legislativa de la Unión sin la que es imposible armonizar todos los intereses en juego. Pues, la luz que arroja sobre esta materia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es suficiente para dar solución a los muchos problemas que plantea el ejercicio de la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea, garantía de una ciudadanía europea plena.

TITLE: *Free movement of European Citizens: new challenges beyond the border controls suppression*

ABSTRACT: *The steady expansion of the internal market of the European Union is overflowing the strict provisions that would be deducted for the right to freedom of movement and residence regulated in the Treaty on the Functioning of the European Union and legislation. Thus, the primal connection of the right to freedom of movement and residence with the elimination of controls on persons at internal borders have happened today the multiple connections of this right with the tax law, rights of personality, the education and health, as proving the Court of Justice of the European Union. These are the new frontiers that must be addressed by EU law to achieve full citizenship.*

RESUMEN: *La constante expansión del mercado interior de la Unión Europea está desbordando las estrictas previsiones que se deducirían para el derecho a la libertad de circulación y residencia regulada en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el derecho derivado. Así, a la primigenia conexión del derecho a la libertad de circulación y residencia con la eliminación de las fronteras interiores han sucedido en la actualidad las múltiples conexiones de dicho derecho con el derecho fiscal, los derechos de la personalidad, la educación y la sanidad, tal y como acredita la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esas son las nuevas fronteras que deberán ser afrontadas por el Derecho de la Unión para lograr una ciudadanía plena.*

KEY WORDS: *Full citizenship, freedom of movement and residence of Eu citizens, limits on state powers: civil rights, education, taxation, public order and pensions, new frontiers for Union law.*

PALABRAS CLAVE: *Ciudadanía plena; libertad de circulación y residencia de los ciudadanos europeos; límites a las competencias estatales sobre: derecho civil, educación, fiscalidad, orden público y pensiones; nuevas fronteras para el Derecho de la Unión.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 30.06.2013.

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2013.